

En dehors de l'article 38 du statut de la CIJ, une grande confusion règne sur la question des sources du droit international. D'autres « sources » sont en effet venues s'ajouter à l'énumération de l'article 38 : les principes généraux du droit international, les actes unilatéraux des Etats et des organisations internationales et même dans une certaine mesure la jurisprudence... La confusion ne fait que croître lorsque l'on aborde le problème d'une hiérarchie des normes en droit international avec la question du *jus cogens*. Ainsi, le renforcement de la coopération internationale dans le domaine juridique et surtout dans le domaine des droits de l'homme témoigne d'une véritable résurgence de cette notion de *jus cogens*.

Mais qu'entend-on concrètement par cette expression latine un peu barbare qu'est le *jus cogens* ?

Littéralement on traduit cette notion par « droit contraignant », mais dans un sens plus juridique on parlera plutôt de « droit impératif ».

D'emblée, on peut partir du postulat, qu'un tel concept serait l'aboutissement de règles philosophiques fondamentales liées à la conscience universelle et inhérentes à l'existence de toute société internationale. Il pourrait alors exister un « ordre public international » ayant des fondements moraux économiques, politiques et sociaux.

Pour tenter de répondre à cette hypothèse, il convient de se référer à une définition de cette notion. C'est le célèbre article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui est le 1^{er} texte à consacrer expressément cette notion (on peut noter cependant que ce concept était déjà présent dans le droit positif à caractère humanitaire, notamment dans le traitement des prisonniers de guerre dans les 4 Conventions de Genève du 12 août 1949).

Mais, revenons à l'article 53, celui-ci dispose « *qu'une norme impérative de droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* ».

Le 1^{er} constat que l'on peut faire est que cet article ne définit pas véritablement le concept, elle le cerne en établissant son régime juridique. C'est une tendance assez récurrente du droit international public qui s'abstient de définir certains concepts nouveaux tout en leur donnant un régime juridique précis, cela consiste en quelque sorte à « réglementer sans définir ».

On peut néanmoins dégager, d'après cet article principalement 4 éléments caractéristiques du *jus cogens* :

-Il s'agit tout d'abord de règles impératives dont le respect est exigé plus impérieusement que les normes obligatoires. Ainsi lorsque la violation d'une règle obligatoire met en cause la responsabilité de l'Etat, la violation d'une règle impérative entraîne, elle, la nullité du traité contraire (ce qui constitue une nullité absolue).

-Puis, ce sont des règles du droit international général à vocation universelle. Il n'est pas question de « jus cogens régional » dans la Convention de Vienne, même s'il est admis par certains auteurs.

-Ensuite, ce sont des règles évolutives, les normes de jus cogens n'imposent pas seulement des principes lors de négociations de traités, elles remettent aussi en cause les traités qui étaient valides lors de leur entrée en vigueur. Ce n'est plus seulement une condition de validité, mais également un motif de terminaison.

-Enfin, ce sont des règles « acceptées et reconnues » comme jus cogens par la communauté internationale dans son ensemble.

D'une part, concernant « les règles reconnues et acceptées » comme jus cogens, il s'agit ici d'un processus proche de la coutume, le jus cogens constituant alors une règle coutumière endurcie.

D'autre part, la formulation « la communauté des Etats dans son ensemble », semble exclure le fait que le jus cogens soit une manifestation directe du droit international, elle évoque une solidarité et une unité de la société internationale.

Par conséquent, le jus cogens est obligatoire pour tous les destinataires, il s'agit d'une norme prohibitive à laquelle, il est interdit de déroger et constituant une limite importante à l'autonomie contractuelle des Etats.

Ainsi, la prohibition de toute dérogation se justifie par 2 aspects :

D'une part, il peut sembler normal d'utiliser de telles règles destinées à protéger les intérêts individuels des Etats. Une dérogation dans ce cas constituerait une atteinte aux intérêts supérieurs que cet Etat doit respecter en toutes circonstances. Une telle situation se présente lorsque la norme en cause possède une valeur éthique qui rendrait moralement inacceptable sa mise à l'écart (il en est ainsi par exemple des normes relatives au respect des droits de l'Homme, avec l'interdiction de la traite des esclaves, interdiction du génocide...).

Le jus cogens ainsi défini apporte à l'évidence une limite à la souveraineté. Il s'écarte de la conception du droit international classique, où la souveraineté ne connaissait pratiquement aucune limite concernant la définition par un Etat de ses relations conventionnelles.

D'autre part, la prohibition à une norme de droit international peut permettre d'assurer la protection de l'Etat contre ses propres faiblesses ou contre la trop grande force de ses partenaires éventuels, il s'agit donc d'une protection contre les inégalités dans la puissance de négociation. On se retrouve en présence ici d'un cas particulier, car l'utilisation du jus cogens ne représente pas une atteinte à la souveraineté, mais au contraire une protection spécialement pour les plus petits Etats.

C'est notamment pour cette raison que la France a voté contre la Convention de Vienne. Pour la France, mieux valait en effet abandonner l'idée même du jus cogens que de cautionner une notion introuvable surtout lorsque cette notion pouvait être utilisée comme une arme politique par les Etats nouvellement indépendants (et les Etats soviétiques) pour remettre en cause certains traités jugés contraires à leurs intérêts ou imposer de nouvelles normes impératives sans le consentement explicite des Etats concernés.

Quoi qu'il en soit le fait que le jus cogens soit constitué exclusivement de normes de droit international général souligne, en effet un caractère d'universalité. Cette notion semble donc conduire à la conception d'une société internationale universelle dotée de ses valeurs propres et pouvant invoquer à son profit un véritable intérêt général, qui doit l'emporter sur les intérêts particuliers de ses membres : il s'agit donc d'une société internationale à laquelle les Etats ne sont pas libres de s'ouvrir et de se refuser.

Enfin, on peut faire également une autre observation importante, même si le jus cogens est déduit de conceptions éthiques ou d'une représentation normative de la société internationale, le jus cogens ne constitue pas du droit naturel. Il évolue en fonction des transformations de la situation socio-historique de la société internationale et des modifications intervenues dans les conceptions éthiques, philosophiques, idéologiques qui s'y rapportent. En d'autres termes, les normes de jus cogens sont des normes de droit positif, elles ne constituent pas une catégories à part.

Le jus cogens fait donc partie du droit positif mais c'est en dehors du droit conventionnel qu'il se développe. Il traduit une réalité du droit international contemporain : une impérativité matérielle et une positivité inhérente de certaines exigences fondamentales. C'est une notion qui ne semble plus complètement rejetée désormais en tant que catégorie normative, malgré d'évidentes faiblesses, à la fois juridique (concernant notamment la définition des normes de jus cogens et les sanctions de la non application du jus cogens) et politique (notion qui peut être détournée à des fins politiques et qui peut traduire les insuffisances de l'ordre public international). De plus, la problématique du jus cogens a changé relativement récemment : elle est aujourd'hui moins celle de son existence que celle de son contenu. Cette problématique soulève des aspects non négligeables (comme la « complémentarité » entre les droits internes et le droit international) qui rendent la notion extrêmement difficile à appréhender.

Il serait donc utile d'analyser cette problématique du jus cogens sous deux angles, d'une manière assez large, d'une part, celui de la réalité du jus cogens, savoir s'il s'agit véritablement d'une réalité effective ? (I), d'autre part, celui de sa place dans l'agencement du droit international, dans la création d'un ordre public international (II).

Enfin, si le jus cogens est devenu une notion légitime, c'est bien parce qu'elle apparaît comme un élément du droit international des peuples, qui conduit à la conception d'une société internationale universelle, dotée de valeurs propres et pouvant invoquer à son profit un véritable intérêt général qui doit l'emporter sur les intérêts particuliers de ses membres. Il s'agit là à l'évidence d'une entreprise louable, qui ne doit cependant pas être détournée (à des fins politiques notamment à travers l'utilisation extensive de cette notion) et qui ne doit pas créer un déséquilibre au détriment des traités (avec un risque de méconnaissance

de la règle « pacte sunt servanda », par l'invocation abusive du jus cogens).

Cependant, si le jus cogens n'est plus introuvable comme il y a 30 ans, lorsque la France s'élevait contre une notion, qui selon elle, était à la fois floue juridiquement et flouée politiquement, il n'est pas pour autant dévoilé. La méthode pour établir les normes impératives du droit international semble à présent stabilisée, avec une intervention combinée de la collectivité des Etats et du juge. Mais ce dernier hésite encore trop souvent à user de la qualification de jus cogens et la liste de ces normes reste ouverte. De plus, il reste à clarifier les liens entretenus entre les différents types de principes et d'obligations invoquées, erga omnes, intransgressibles, cardinaux, élémentaires moraux etc... et le concept de jus cogens. A multiplier les périphrases, les qualifications et les catégories ne risque-t-on pas en effet de perdre de vue l'essentiel, d'avoir en quelque sorte le contenu sans l'étiquette, les obligations pesant sur tous les Etats, sans les garanties nées d'une reconnaissance par la communauté internationale dans son ensemble ? Et ainsi de ralentir encore le dévoilement des normes impératives du droit international ?